

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II**

**JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO**

**NELSON JULIANO CARDOSO MATOS**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR

Coordenadores: Nelson Juliano Cardoso Matos; José Adércio Leite Sampaio – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-532-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : São Luís, Maranhão).

CDU: 34



# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

---

### **Apresentação**

Os temas discutidos no GT foram de importância e atualidade ímpares. Questões como colonização da política pela economia e, em certa medida, pelo direito estiverem transversalmente presentes em praticamente todos os temas.. As matrizes históricas da disfuncionalidade da política brasileira também foram discutidas, bem como temas recorrentes como ativismo judicial, atuação do legislador, notadamente, dos direitos fundamentais e políticas públicas. As apresentações se fizeram em ambiente de participação e cooperação.

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos - UFPI

Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio - PUC Minas / ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **SEPARAÇÃO DA PALAVRA: A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES NO JUDICIAL REVIEW E NA ÚLTIMA PALAVRA DO STF**

### **SEPARATION OF THE WORD: THE INFLUENCE OF THE SEPARATION OF POWER PRINCIPLE ON THE JUDICIAL REVIEW AND ON THE LAST WORD OF THE SUPREME COURT**

**Diego Chagas de Souza <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

O artigo busca demonstrar a influência que o princípio da separação de poderes tem sobre o controle judicial de constitucionalidade –judicial review – e o conseqüente papel disso para a legitimação do discurso da “última palavra”, propagado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Primeiramente se abordará a crítica sobre o modelo de separação de poderes nos moldes republicanos –conquanto sua tentativa em responder aos ideais políticos da democracia, especialização funcional e proteção aos direitos fundamentais – para em seguida se fazer a crítica ao discurso da “última palavra”.

**Palavras-chave:** Teoria constitucional, Judicial review, Instituições, Interpretação

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The article tries to demonstrate the influence of the separation of powers on the judicial review - and its consequential role on the legitimation of the discourse of the "last word", propagated by the Brazilian Federal Supreme Court. Firstly, we will approach the critique of the model of separation of powers in the republican molds - while its attempt to respond to the political ideals of democracy, functional specialization and protection of fundamental rights - and then criticize the "last word" discourse.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutional theory, Judicial review, Institutions, Interpretation

---

<sup>1</sup> Bacharel em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, atualmente mestrando na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO

## 1 INTRODUÇÃO

Como já afirmou (e reafirmou) o Ministro Luís Roberto Barroso (2014), o constitucionalismo (como ideia de poder público limitado pelo Direito e respeito aos direitos fundamentais) foi a ideologia vitoriosa do século XX. Ao corporificar a norma escrita como máxima de ação impessoal para governantes e governados, pautada por princípios de pretensões universais, o Estado de Direito traçou limites para a ação e abrangência do aparato administrativo, estabelecendo direitos ao cidadão, que são consubstanciados na Constituição e vinculados aos três Poderes Públicos (MENDES, 2015).

É da supremacia da Constituição que resulta a invalidade de quaisquer atos contrários a ela, cabendo aos poderes do Estado (todos eles e não apenas o Judiciário) seu controle (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012). O controle de constitucionalidade realizado pelo Legislativo e Executivo denomina-se de controle político através dos mecanismos dispostos no ordenamento pátrio, tais como a atuação das Comissões de Constituição e Justiça (CCJ) nas casas do primeiro e disposição de veto por parte dos Chefes do segundo. Isso se dá em oposição ao controle jurisdicional de constitucionalidade, realizado pelo judiciário através da prestação judicial (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Essa ideia liga-se diretamente aos mecanismos institucionais criados pela separação de poderes cujo objetivo histórico é o de evitar o arbítrio autocrático que decorre da concentração de poderes sob um titular. É clássica a afirmação de Montesquieu (2000) de que “tudo estaria perdido” se todos os poderes fossem exercidos por um só corpo.

A questão que buscamos explorar -ou seja, o objetivo do presente artigo - é o quanto a opção pelo arranjo institucional da separação dos três poderes aos moldes republicanos influencia no controle judicial exercido pelo judiciário – mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e conseqüentemente, questionar a posição decorrente de que são eles os detentores da “última palavra”.

O trabalho segue através de uma metodologia indutiva, analisando-se primeiramente quais as ideias que uma separação de poderes aos moldes republicanos busca proteger, para em seguida analisar quais são suas conseqüências institucionais para o papel do juiz e intérprete da norma constitucional.

## 2 DA SEPARAÇÃO DE PODERES

De forma genérica o princípio da separação de poderes implica na pulverização do poder político em diferentes instâncias e órgãos estatais, titularizados por diferentes pessoas (FONTE, 2013). A ideia é simples: o poder deve ser dividido de forma a evitar o arbítrio estatal fortalecendo a sociedade civil ao mesmo tempo que legitima a ordenação estatal. Esse conceito surge em um contexto em que a teoria constitucional, juntamente com a filosofia política, pretende enfrentar o dilema dessa dicotomia entre Estado e sociedade civil perante a derrocada do absolutismo frente à revolução francesa e estadunidense, através da criação de um espaço imune às suas interferências, ao lado da teoria da soberania popular, a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático (ACKERMAN, 2009).

Dessa forma, o princípio da separação de poderes associa-se ao surgimento do Estado Liberal, buscando legitimar três ideais políticos: democracia, competência profissional e proteção dos direitos fundamentais (ACKERMAN, 2009). O primeiro realiza-se como projeto democrático de auto governo do povo. O segundo busca a racionalização técnica das atividades públicas garantindo que os tribunais e a burocracia sejam capazes de concretizar as leis democráticas. E o terceiro acaba tendo como escopo principal garantir os direitos fundamentais, em especial, aqueles pautados na liberdade e propriedade (ACKERMAN, 2009; FONTE, 2013). Buscava-se assim prever a ação estatal por meio do império da lei e não mais por meio da autoridade do rei (DALARI, 2010).

### 2.1 Do Ideal Democrático

A separação de poderes em nome de um ideal democrático de auto-governo de um povo talvez seja historicamente o primeiro objetivo da perspectiva liberal. Isso foi especialmente demonstrado pelo constitucionalismo norte-americano. No clássico artigo número 51 de “O Federalista”, Madison afirma que “(...) é preciso opor ambição à ambição e travar de tal modo o interesse dos homens, com as obrigações que lhes impõe os direitos constitucionais dos seus cargos (...)” (HAMILTON, JAY, MADISON, 2003. p. 318, grifos nossos).

Para os federalistas manter e defender a separação era uma questão de manutenção da liberdade e da própria integridade da nação, visto que permitiria a independência de cada Poder cujos membros são um reflexo da escolha do povo. A

república nos moldes propostos buscava a estabilidade, criando instituições que embora se assemelhassem às estruturas monárquicas, diferiam em sua legitimidade; haveria um presidente diretamente eleito no lugar do rei e um poder legislativo bicameral no lugar de uma câmara de lordes.

Curiosamente, para os *framers*, o Poder Judiciário era visto como o mais fraco dos três Poderes pois, segundo Hamilton em seu artigo 78,

“(...) é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meio tem de atacá-la. (...) o judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa” (HAMILTON, JAY, MADISON, 2003, p. 458).

E é justamente em Hamilton que se começou a desenvolver noção de um controle de constitucionalidade das leis por meio de um judiciário posto que “(...) todo ato do corpo legislativo contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte (...)” (HAMILTON, JAY, MADISON, 2003, p. 458).

Essa posição, mais tarde em 1803, será concretizada em jurisprudência pelo juiz John Marshal no célebre caso *Marbury V. Madison*, cristalizando o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis (*judicial review*) (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012), que tem sido exportado ao longo do último século como uma suposta peça integrante das constituições democráticas. Surge então o primeiro problema.

O *judicial review* funciona na forma de uma corte constitucional que torne os princípios ordenados pelas pessoas em realidades operacionais (ACKERMAN, 2009). Sem ele, presume-se, a maioria do Legislativo torna-se livre para ignorar a soberania popular. O problema é: os juízes responsáveis levam, de fato, a interpretação constitucional a sério? Aliás, engenharia institucional da administração pública permite uma interpretação séria?

Ronald Dworkin, célebre jurista norte-americano que defendeu um papel ativo da Suprema Corte de seu país (DWORKIN, 2006, cap. 4, 5), argumenta que através de uma “leitura moral da Constituição”, os intérpretes dela (quais sejam, os juízes) aprimoram a democracia posto que eles detêm a autoridade determinante para obter a última palavra (DWORKIN, 2006). Em suma, sustenta que a vinculação entre o Governo e determinados direitos, deve ser sempre concretizada pelos Tribunais.

Há de se apontar aqui, porém, que na prática, as decisões da Corte norte-americana muitas vezes foram “deploráveis, do ponto de vista de proteção de direitos, e também pelas instâncias onde a Corte foi inativa (quando poderia ter agido) para com os estatutos que tivessem um efeito adverso sobre os direitos individuais.” (SADURSKI, 2014, p. 943).

Em contrapartida à visão de Dworkin, aponta-se um dos maiores críticos de sua teoria e do controle judicial da constitucionalidade: seu aluno Jeremy Waldron, argumenta que as “decisões finais” acerca de questionamentos políticos (e aqui se incluem direitos individuais e processos políticos) devem ser tomadas por procedimentos majoritários e frisa que não há legitimidade em qualquer sistema que permita juízes nomeados dispor de escolhas feitas por uma legislatura democraticamente eleita (WALDRON, 2010). Para o autor isso indicaria o perigo de que uma suprema corte passaria a tomar para si o poder originalmente pertencente ao povo ou seus representantes, criando uma autoridade suprema perante o Estado. Argumenta ele que através de um sistema forte de revisão constitucional, as cortes passariam a decidir questões cada vez mais importantes – aborto, ações afirmativas, liberdade de expressão, etc – até perder a noção de seus próprios limites tratando de questões que moldam toda a cultura, política e economia (WALDRON, 2014).

## 2.2 Da Competência Profissional

Em segundo lugar, o princípio da separação de poderes preconiza uma especialização funcional das atividades públicas, uma vez que as leis democráticas são apenas concretizadas por tribunais e um corpo burocrático profissionalmente capazes disso (ACKERMAN, 2009; FONTE, 2013). Portanto, separar os poderes possui uma função de racionalizar as atividades públicas (FONTE, 2013). Em suma, trata-se do espaço de delimitação da democracia.

Ou seja, há uma precisa definição de quem faz o que. Por exemplo, na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) as atribuições do Congresso Nacional ficam descritas nos artigos 48, especificando as da Câmara dos Deputados no artigo 51 e as do Senado no artigo 52. O mesmo vale para o Presidente (artigo 88), para o Supremo Tribunal Federal (artigo 102), etc. Essa noção acaba ignorando o jogo político que necessariamente envolverá as instancias burocráticas. Na visão de Bruce

Ackerman (2009), essa dinâmica decorrente do jogo desemboca em expor o Estado de Direito a sérios riscos:

Quanto mais o Congresso frustra o desejo do Presidente em transformar o seu programa político em lei, mais ele será tentado a realizar os seus objetivos politizando a administração “sobre quaisquer projetos de leis”. Para ir direto ao ponto, uma leitura imparcial dessas leis seria suficiente para concluir que iniciativa presidencial vai bem além dos limites de sua legitimidade. (...) Em resumo, a estrutura de incentivos parlamentares parece melhor nos dois lados da “equação do Estado de Direito”: os custos para modificar a lei são mais baixos e os custos de supressão pela sanção burocrática são mais altos. (ACKERMAN, p. 93-94, 2009).

As circunstâncias que decorrem da tentativa de separação necessariamente implicarão numa maior politização de seus agentes, causando desvios nas relações institucionais. Farejohn (2003) argumenta ainda que a judicialização da política também leva necessariamente à regulação judicial da política. Ou seja, a regulação judicial passa a atuar sobre práticas democráticas desenvolvendo certas doutrinas constitucionais que permitam aos Tribunais reorganizarem as práticas políticas (tais como nomeações, acesso a urnas ou financiamento de campanhas).

Pensando em um caso recente brasileiro, podemos citar a liminar do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello, que buscou afastar o então presidente do Senado Renan Calheiros de seu cargo. Em resposta à liminar, a mesa diretora da Casa decidiu por simplesmente não a cumprir (SENADO..., 2016). O debate fugiu de technicalidades jurídicas passando por um crivo eminentemente político.

Em outros termos, a separação de poderes entre Senado, Câmara e Presidência da República não só acaba estimulando crises de governabilidade, como também estimula o desrespeito à uma lógica de especialização funcional através da hipertrofia da politização do judiciário, em oposição à uma engenharia institucional que unisse responsabilidade política e perícia técnica (ACKERMAN, 2008).

### 2.3 Dos Direitos Fundamentais

Em terceiro e último lugar, o princípio da separação de poderes busca um efetivo resguardo dos direitos fundamentais. Enquanto aqui seu papel assimila-se ao da primeira hipótese – qual seja, o resguardo do autogoverno democrático – seu

objetivo político muda para outro perigo político: uma tirania majoritária (FONTE, 2013).

A necessidade de um freio contra abusos é largamente defendida pela teoria constitucional e deriva do próprio conceito de democracia. Nesse sentido realça-se o papel do judiciário, que toma como função julgar de forma independente os litígios da sociedade, e fortalece o papel do *judicial review*. Na prática, conforme afirma Calabresi (2016) isso se dá ou justamente pela necessidade da figura de um árbitro imparcial dentro de um modelo federalista ou de separação de poderes; ou pela chamada teoria de *rights from wrongs*, típica em países recém democratizados onde uma elite revolucionária se opõe aos “erros” (*wrongs*) e cria uma Corte forte o suficiente para garantir que eles nunca mais ocorram.

No Brasil, o conceito transparece especialmente ao se analisar o controle exercido pelo STF ao decidir acerca de casos envolvendo direitos fundamentais<sup>1</sup>. Conforme apontam Souza Neto e Sarmento (2012) a progressiva ampliação do controle de constitucionalidade não ocorreu sem objeções. Afinal, é bastante questionável o papel do Judiciário como único intérprete da constitucionalidade de leis que são aprovadas pela maioria dos representantes do povo (representação esta que é corolária do sistema democrático), daí o termo “poder contramajoritário”.

Em síntese, o Poder Judiciário, valendo-se de normas constitucionais de caráter aberto (objeto de leituras divergentes na sociedade, tais como o princípio da igualdade ou o direito à vida), invalida as decisões tomadas pelo Legislativo, conferindo a “última palavra”, na prática, aos atores do judiciário.

O contexto do debate revela a maneira e a intensidade com que os juízes e tribunais (sendo o STF, através de seu controle concentrado, o exemplo máximo), vêm, por um lado, assumindo o controle de abusos das maiorias diante dos direitos de minorias, e, por outro lado, moldando a Constituição “de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Lembra-se aqui, é claro, que não é apenas o Supremo o detentor desse poder, sendo uma característica aparente em todo o poder judiciário, fruto do crescente fenômeno do ativismo judicial.

<sup>2</sup> Vale notar que a objeção ao controle concentrado de constitucionalidade na Alemanha surgiu em Schmitt (1998) em sua célebre controvérsia com Kelsen. Enquanto o primeiro afirmava que cabia ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição (em nome do povo), o segundo defendia a prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional.

O cerne do debate está na própria noção de que o “poder contramajoritário” ocorre através do ativismo judicial, já que quem interpreta boa parte das normas constitucionais ditas vagas, acaba por participar de seu processo de criação. Salienta Barroso (2014), por exemplo, que a falta de regulamentação do direito de greve no serviço público<sup>3</sup> ou o caso das relações homoafetivas<sup>4</sup>, foi o que exigiu do STF uma postura ativa posto sua posição como guardião da Constituição.

Utilizando-se ainda o STF como exemplo acerca do poder contramajoritário do Judiciário em nome da proteção aos direitos fundamentais, lembra-se que no ano de 2016 podem-se citar o caso da ADPF 291/DF (acerca de práticas homossexuais em quartéis)<sup>5</sup> e a medida cautelar em sede de ADI 5357<sup>6</sup> (sobre o estatuto da pessoa com deficiência).

Ambos os casos representam, pontualmente, o exercício do poder contramajoritário do Judiciário, atuando em direta defesa de minorias (*in caso*, a comunidade homossexual e indivíduos com deficiências físicas) e não necessariamente se coadunando com o que a maioria do país pensa.

Entretanto, há casos em que as decisões tomadas pelo mesmo Tribunal, mostram-se contraditórias à sua missão contramajoritária. O caso Raposa Serra do Sol (Petição 3388) é um exemplo. Apesar de determinar a contínua demarcação do território, bem como a expulsão de não-índios, o acórdão representou um ataque aos direitos indígenas como um todo. Dentre os vários absurdos da decisão, chama-se atenção ao estancamento da situação indígena de demarcações, posto que todos os trabalhos já realizados nesse sentido (antes ou depois de 1988) estão definitivamente congelados, a não ser que se prove vício (VITORELLI, 2016). Em suma, o STF acabou por conferir maior estabilidade possível às demarcações já realizadas, evitando assim sua revisão.

Mais recentemente, no ano de 2016, pode-se citar o Recurso Extraordinário 627189/SP, relatado pelo Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2016) que julgou improcedentes pedidos formulados em ações civis públicas que visavam proteger o

---

<sup>3</sup> Decisão tomada no Mandado de Injunção 708-0/DF (BRASIL, 2007).

<sup>4</sup> Decisão julgada na ADI 4227 (BRASIL, 2011).

<sup>5</sup> O STF, em defesa da liberdade de orientação sexual, manifestou-se sobre a impossibilidade de se permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. (BRASIL, 2015).

<sup>6</sup> De novo, o STF protegeu o direito de uma minoria, qual seja a pessoa com deficiência física, indeferindo medida cautelar que buscava a suspensão do parágrafo 1º do art. 28, e caput do art. 30 da Lei nº 13.146/2015, que dispunha de medidas de auxílio ao direito de educação. (BRASIL, 2015a).

direito à saúde daqueles que residem em locais próximos às linhas de transmissão energética, decisão através da qual o STF ignorou o princípio constitucional da precaução - art. 225 da Constituição da República (BRASIL, 1988) - em prol de interesses econômicos da área energética.

Naturalmente essas foram apenas algumas das decisões proferidas pelo Supremo, não oferecendo, portanto a devida amostra que uma pesquisa rigorosa acerca do tema poderia demonstrar. Mas é bastante claro que apesar de alguns ministros e juízes exaltarem o papel contramajoritário do Poder Judiciário em defesa das minorias, sua atuação muitas vezes se submete a interesses políticos ou econômicos, mantendo o *status quo* vigente. Os mecanismos que possibilitaram a existência do chamado poder contramajoritário em defesa dos direitos fundamentais muitas vezes respondem na medida em que as circunstâncias políticas os influenciam, ou não.

Como lembram Souza Neto e Sarmento (2012), a proveniência ideológica das decisões tomadas pelos tribunais tende a oscilar de acordo com as inclinações políticas adotadas por seus juízes e ministros. A título de exemplo, nos Estados Unidos, no início do século XX, quando a Suprema Corte adotava posição política conservadora (em desfavor de minorias), seus críticos situados à esquerda política defendiam a autocontenção judicial. Na segunda metade do século, quando o ativismo jurisdicional voltou-se à defesa de direitos fundamentais de minorias, a crítica passa a ser esboçada a partir da direita. Ou seja, a engenharia do processo constitucional nunca é plenamente dissociável da política (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

### **3 JUDICIAL REVIEW E A ÚLTIMA PALAVRA DO STF**

Inspirado pelo modelo americano, a constituição de 1988 brasileira prevê em seu artigo 102 as competências do Supremo Tribunal Federal para rever atos legislativos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988)

Conforme Calabresi (2016), o modelo brasileiro de *judicial review* caracterizado na Constituição de 1988 toma emprestado seus atributos tanto da Constituição estadunidense quanto alemã. O modelo federalista e republicano brasileiro faz do STF seu árbitro imparcial, ao mesmo tempo que reforça uma carta de direitos individuais em resposta ao período ditatorial que se estendeu de 1964 até 1985:

The Hybrid Model of judicial review in Brazil, whereby the Supreme Federal Tribunal is in part both the apex of a diffuse system of judicial review and a constitutional court, reflects the widespread appreciation people had in the 1980s for the value of the German Constitutional Court in a civil law jurisdiction. The power of such a court to issue rulings with *erga omnes* effect is especially important in civil law countries like Brazil, which lack systems of *stare decisis*. Brazilian judicial review is thus borrowed from the United States and from Germany. (CALABRESI, 2016, p. 36)

Assim, segundo o artigo 101 da CFRB/88 (BRASIL, 1988), o Supremo compõe-se por 11 Ministros nomeados pelo Presidente depois de aprovação por maioria absoluta do Senado. Aliada a uma falta (comparativa em relação aos outros dois Poderes) de escândalos políticos, esse modelo tem sido visto com bons olhos pela sociedade brasileira, fazendo do Judiciário uma esperança de justiça ao país, legitimando-o perante a sociedade civil e comunidade internacional<sup>7</sup>.

Eminentemente nós, como sociedade, diante de abusos frequentes vistos nos outros Poderes, depositamos cada vez mais nossa fé e esperança em 11 indivíduos de toga cuja Palavra tem tido força de, literalmente, lei. Nesse contexto não é surpreendente que o Ministro Gilmar Mendes defenda reiteradamente que a “última palavra” pertença ao Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, relembra-se o caso recente acerca dos ritos de homologação de acordos em delações premiadas.

---

<sup>7</sup> A situação chega ao ponto do brasilianista Peter Harkim afirmar que a eleição de um juiz para a Presidência da República poderia arrefecer a polarização política brasileira e “restaurar a confiança dos brasileiros” (JUIZ..., 2017)

O Ministro afirmou que a homologação deve ser feita pelo ministro relator, mas, posteriormente, referendada pelo conjunto dos integrantes da Corte, seja no âmbito da Segunda Turma ou do plenário. (GILMAR..., 2017).

Ou ainda, como relembra o professor Benvindo (2014) a famosa PEC nº 33/2011 que buscava restringir o poder do STF ao expandir a competência do Congresso, incumbindo-o de aprovar as súmulas vinculantes e inconstitucionalidade de emendas à Constituição. Em resposta, o Ministro Gilmar Mendes afirmou categoricamente que a proposta seria “(...) inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles rasgaram a Constituição. Se um dia a essa emenda vier a ser aprovado é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal.” (SELIGMAN..., 2013). Em suma, não há dúvidas sobre o quão é imperativo – visão do ilustre Ministro – que a Corte tenha a última palavra.

Como já apresentado, a percepção dessa necessidade de um árbitro decorre (dentre outros motivos, mas principalmente) das consequências do modelo de separação de poderes. Aqui então se apresenta a necessidade de “desmistificar” (BENVINDO, 2014) o discurso da última palavra e resgatar a legitimidade de outras instâncias.

Quando se fala de Constituição, é muito fácil de se pensar imediatamente em uma concepção positivista de um documento jurídico capaz de ordenar as normas necessárias e lhes conferir validade:

(...) A norma fundamental pode, por exemplo, ser tal que uma norma pertença ao sistema desde que tenha sido decretada pelo parlamento ou criada pelo costume ou estabelecida pelos tribunais, e não tenha sido abolida por uma decisão do parlamento ou pelo costume ou por prática contrária dos tribunais. O enunciado mencionado acima não é uma norma jurídica válida se não pertencer a uma ordem jurídica válida (...) (KELSEN, 1995, p. 118.)

Em verdade, a Constituição condiciona-se pela sua realidade histórica ordenando e conformando, via seu elemento normativo, a realidade política e social (LASSALE, 2001). Assim, o poder da Constituição origina-se de um projeto orquestrado por sujeitos de seu tempo, buscando constituir um sentido às normas e estruturá-las de acordo com esse sentido (ACKERMAN, 2009). Isso significa que o Direito deve buscar as condições sob as quais as normas podem se realizar da forma

mais eficaz possível, possibilitando assim o desenvolvimento de uma interpretação e dogmática constitucional consistente (LASSALE, 2001).

Assim, diante de um sistema jurídico que desconfia do Parlamento e alija as formas de expressão da sociedade civil, propõe-se – na esteira de Häberle (1997) – que o processo de interpretação constitucional vincula “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (p. 27).

Ou ainda, resumindo, quem vive a norma é quem deve interpretá-la. Fazer parte do processo de interpretação é fazer parte do processo democrático, uma maneira de se realizar como cidadão e buscar sentido na sociedade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A SOCIEDADE COMO ÁRBITRO**

A separação de poderes nos moldes republicanos acarreta, como qualquer outra escolha de arranjo institucional, as devidas consequências. Nos seus três atributos aqui apresentados, demonstrou-se que não houve necessariamente uma consolidação de um auto-governo democrático – pelo contrário, parece trazer o perigo atrair um governo de juízes em detrimento de um governo do povo; demonstrou-se também que a lógica da especialização funcional incorre também em uma inevitável politização do judiciário que prejudica a boa técnica pericial; e, por fim, a defesa dos direitos fundamentais parece muitas vezes depender desses mesmos arranjos e desarranjos políticos implícitos ao princípio da separação.

No caso brasileiro, o fortalecimento do *judicial review* foi institucionalizado constitucionalmente e fortalecido nas décadas seguintes à promulgação, desembocando na ideia que é o STF o detentor da última palavra na condição de um árbitro moral e político sobre o que diz a Constituição e fazendo dos outros poderes seus inferiores, como demonstrado pelas posturas de seus Ministros.

Não se quer dizer aqui, é claro, que o papel da Corte Suprema brasileira não é relevante. Pelo contrário, é necessário o exercício de jurisdição constitucional para a convivência democrática e até mesmo estabilizadora. Porém definir a um ente a prerrogativa de “última palavra” ou “último intérprete” é, até certo ponto, até mesmo autocrático. A própria pretensão disso é, de fato, uma impossibilidade dentro de uma

democracia constitucional, uma vez que o próprio exercício da cidadania a impede (BENVINDO, 2014):

E não será uma corte constitucional desejosa de ter a “última palavra” que acarretará a delegação do exercício dessa cidadania, que é dialógica, discursiva, inclusiva. É nesse aprendizado com o Outro, no diálogo com o Outro, na inclusão do Outro que se faz o constitucionalismo e se afirma a democracia. Não é o monólogo de cima, não são os acordos político-estratégicos que o moldam. Somos nós e apenas nós (...) (p. 92).

Optamos pela separação de poderes e isso trouxe as devidas consequências para a administração do poder público. Isso não significa que a sociedade deve se abster e conferir toda sua confiança aos três poderes – ou ainda pior, conferir toda sua confiança a apenas um deles. O Brasil, mais do que nunca, está em constantes mudanças, exigindo portanto da sociedade – e não do Judiciário, ou mais especificamente, do STF – o papel de árbitro.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 2ª Tiragem. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009

BARROSO, Luís Roberto. STF exerce papéis contramajoritário e representativo. **Boletim de Notícias Conjur**. São Paulo, 13 fev. 2014. Atuação da Corte. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/2014-fev-13/stf-exerce-papeis-contramajoritario-representativo-afirma-barroso>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História: o Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, Brasília, jan./mar. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Constituição da Republica Federativa do Brasil 1988**. Brasília, DF., 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso: 02 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na ADPF nº 291-DF, de 28 outubro de 2015. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Art. 235 do código penal militar, que prevê o crime de “pederastia ou outro ato de libidinagem”. Não recepção parcial pela Constituição de 1988. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 28 out. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº708-0/DF**. Brasília, 19 de setembro de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaAgendaMinistro/anexo/mi708.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.357 Distrito Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Lei 13.146/2015. Estatuto da pessoa com deficiência. Ensino inclusivo. Convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência.

Indeferimento. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 18 nov. 2015a. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9824572&ad=s>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 627189/SP de 8 de junho de 2016. Princípio da precaução e campo eletromagnético – 1. Relator Ministro Dias Toffoli. **Informativo STF**, Brasília, n. 829, 6 a 10 maio 2016. Disponível em: <  
[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm#Princípio da precaução e campo eletromagnético – 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm#Princípio%20da%20precaução%20e%20campo%20eletromagnético%20-%201)>. Acesso em: 10 set. 2016.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

CALABRESI, Steven G. **Essay on the origins and growth of judicial review**. In: Northeastern University School of Law – Law and economic series. N. 16-18. 2016;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.  
HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Trad. De Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003;

FAREJOHN, John. “Judicializing politics, politicizing law”. Hoover Digest, nº 1, 2003.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação de controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GILMAR defende que plenário do STF dê a última palavra sobre delações. R7 notícias. NotíciasR7.com. São Paulo, 25 maio. 2017. Disponível em:  
<<http://noticias.r7.com/brasil/gilmar-defende-que-plenario-do-stf-de-a-ultima-palavra-sobre-delacoes-26052017>>. Acesso em 02 jul. 2017

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

JUIZ no lugar de Temer poderia salvar política brasileira, diz especialista americano. BBC Brasil. BBC.com. Washington, 20 Maio. 2017. Disponível em:  
<<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39982829>>. Acesso em 01 jul. 2017

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1987.

KELSEN, Han. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes/UnB. 1995.

LASSALE, Ferdinando. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo Leite Pereira. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e tradução de Cristina Murachco. 3ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Felipe Oswaldo Guerreiro; KRIEGER, Bruno Thiago. A democracia a partir dos modelos principalista e garantista de constitucionalismo. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Org.). **Direito, teorias e sistemas**: estudos desenvolvidos no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Insular, 2015. p. 81-92.

SADURSKI, W. Revisão judicial e a proteção dos direitos constitucionais. In: ASENSI, Felipe; PAULA, Daniel Giotti de (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. v. 2, p. 941-962.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Madrid: Tecnos, 1998.

SELIGMAN, Felipe. Barbosa diz que reduzir poderes do STF fragiliza democracia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/04/1269014-barbosa-diz-que-reduzir-poderes-do-stf-fragiliza-democracia.shtml>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

SENADO decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF. G1.Globo.com, São Paulo, 06 dez. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>>. Acesso em 01 jul. 2017.